



**EB 2014/039**

**Resolución 055/2015, de 12 de mayo de 2015, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por MUNDA INGENIEROS, S.L., frente a los pliegos del contrato de “Servicios de personal auxiliar de la Entidad Pública Empresarial Donostia Kultura, Vitoria Eugenia Antzokia, S.A. y San Telmo Museoa, S.A.”, tramitado por la Entidad Pública Empresarial Donostia Kultura.**

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** 18 de marzo de 2015 MUNDA INGENIEROS, S.L. (en adelante, MUNDA) interpuso en el registro de la Entidad Pública Empresarial Donostia-Kultura (en adelante, Donostia Kultura) un recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos del contrato de “Servicios de personal auxiliar de la Entidad Pública Empresarial Donostia Kultura, Vitoria Eugenia Antzokia, S.A. y San Telmo Museoa, S.A.”

El expediente de contratación y el informe al recurso que menciona el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), tuvieron entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el 14 de abril de 2015.

**SEGUNDO:** No habiendo más interesados en el procedimiento, no se procedió al traslado del recurso.



## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** En el expediente constan la legitimación del recurrente y la representación de Doña I. M.P. que actúa en su nombre.

**SEGUNDO:** El artículo 40.1 c) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

«b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros (...)»

Se trata de un contrato de servicios de la categoría 26 (Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos.) del Anexo II del TRLCSP con un valor estimado de 3.447.603,00 €, luego puede ser objeto de revisión por parte del OARC / KEAO.

**TERCERO:** Según el artículo 40.2 a) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso:

«a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deben regir la contratación.»

Son objeto de recurso los pliegos que rigen la contratación.

**CUARTO:** El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

**QUINTO:** En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, la cláusula 2.1 del Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas (en adelante, PCE-A) señala que «Las actuaciones relativas a la preparación de los contratos a celebrar con cada una de las tres entidades contratantes, la selección de la oferta económicamente más ventajosa y la adjudicación de los contratos serán llevados a cabo exclusivamente por la ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL DONOSTIA KULTURA.» De acuerdo con el párrafo “in fine” del artículo 3.2 del TRLCSP «(...), no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.» Por tanto, DONOSTIA KULTURA tiene la condición de poder adjudicador, aunque no es una administración



pública, y el contrato de servicios cuya adjudicación se impugna no se halla sujeto a regulación armonizada. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 TRLCSP, la adjudicación del contrato estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y con sujeción a las instrucciones internas, de obligado cumplimiento, aprobadas por los órganos competentes, en las que se regularán los procedimientos de contratación de forma que garanticen la efectividad de los principios anteriormente enunciados y que el contrato sea adjudicado a quien presenta la oferta económicamente más ventajosa.

**SEXTO:** La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) Impugna los pliegos del contrato que establecen como criterio de valoración los curriculum vitae de las personas que realizarán los trabajos a todos los niveles. Entiende el recurrente que los licitadores deberán en su momento, en el caso de resultar adjudicatarios, ejecutar el contrato acreditando que el personal que prestará el servicio cumple los requisitos de los perfiles establecidos en los pliegos.

b) Añade que las empresas licitadoras tienen herramientas de selección y captación de personal para poder cumplir con los requisitos indicados en los pliegos, pero en ningún caso, en base a la legislación de protección de datos, se puede facilitar datos con nombres, apellidos y DNI, como se solicita en los pliegos. También carece de toda lógica presentar unos curriculum que pueden quedar obsoletos al haber encontrado trabajo las personas durante el proceso de adjudicación.

c) Para el caso de que existiera obligatoriedad de subrogación del personal que actualmente presta el servicio, no tendría sentido presentar los curriculum ya que esa obligatoriedad “per se” se impone implícitamente. Los pliegos no indican nada acerca de la subrogación ni el convenio colectivo por el que se rigen los trabajadores que desarrollan los trabajos, dato que es necesario conocer por los licitadores.



d) Las empresas que actualmente están prestando el servicio objeto de contrato están en superioridad de condiciones respecto al resto de licitadores al tener el curriculum de las personas que prestan los trabajos objeto de los pliegos. Considera vulnerado el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española y el artículo 139 del TRLCSP.

e) Solicitan que se vuelvan a redactar los pliegos sin la exigencia de la presentación de los curriculum de los trabajadores y que se indique en los pliegos el convenio de los actuales trabajadores.

**SÉPTIMO:** DONOSTIA KULTURA en el informe al recurso opone los siguientes argumentos:

a) En primer lugar puntualiza que los pliegos no exigen el curriculum de los trabajadores sino el del equipo concreto que el licitador adscribirá a la ejecución del contrato.

Considera que los pliegos no son contrarios a derecho, ni desde el punto de vista de la normativa reguladora de la contratación del sector público ni desde el punto de vista de la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal.

(i) Desde el punto de vista de la normativa reguladora de la contratación del sector público.

Reproduce el apartado relativo al sobre B “Propuesta técnica” de la cláusula 13, el apartado b) de los “Criterios de valoración” y la cláusula 17 de “Adjudicación de los contratos”, todos ellos del PCE-A.

Afirma que la doctrina y la jurisprudencia son pacíficas al admitir como criterio de valoración los medios humanos que adscribiría un licitador a la ejecución del contrato en caso de ser adjudicataria, y que dicha valoración se posibilita a través de la presentación de los correspondientes currículos que expresen su cualificación técnica y experiencia. En su apoyo cita las Resoluciones 206/2013



y 505/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Resolución 40/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

A su juicio, MUNDA no acredita que sea incoherente exigir y valorar como parte de la oferta la relación de medios humanos, a través de sus correspondientes currículos, que el licitador deberá adscribir a la ejecución del contrato en caso de ser adjudicatario, ni tampoco ha acreditado que dicha exigencia sea desproporcionada o que no tiene vinculación con el objeto del contrato. Sostiene que los pliegos no exigen que los licitadores dispongan efectivamente de dichos medios humanos en el momento de presentar las proposiciones y tampoco exigen que los medios humanos propuestos sean trabajadores del licitador o estén vinculados con él por relación distinta de la laboral.

Sobre la afirmación de que los curriculum pueden haber quedado obsoletos al haber encontrado trabajo, dice que el recurrente desconoce el contenido de la cláusula 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) que prevé que la empresa adjudicataria se compromete adscribir a las personas designadas en su oferta o sustituirlas por otras que posean al menos los mismos conocimientos.

(ii) Desde el punto de vista de la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal.

El poder adjudicador muestra su disconformidad con la afirmación de que la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal impida que las empresas puedan facilitar datos personales referentes al equipo que los licitadores adscribirán a la ejecución del contrato en caso de ser adjudicatarios. Cita la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD) y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de noviembre, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley (en adelante, RLOPD). Describe lo que según normas citadas debe entenderse por dato de carácter personal, tratamiento de datos, interesado,



responsable del tratamiento, cesión o comunicación de datos y destinatario o cesionario.

Admite que los datos que los licitadores deben incluir en su propuesta en relación al equipo que adscribiría a la ejecución del contrato deben ser considerados de carácter personal, que la recopilación de dichos datos por parte de los licitadores supone un tratamiento de datos de carácter personal realizados por ellas como responsables del tratamiento, y que la entrega de los mismos al órgano de contratación supone una cesión de datos que la LOPD permite siempre que obedezcan a funciones legítimas de cedente y cesionario y cuente con el consentimiento previo del interesado.

Considera que la cesión de los datos que requiere el contrato responde, sin ningún género de dudas, a las funciones legítimas del cedente (empresa licitadora) y del cesionario (órgano de contratación). Sobre el consentimiento de interesado, añade que habrá de ser obtenido por el cedente tras haber informado al interesado de forma inequívoca de la identidad de cesionario, la actividad a la que éste se dedica y la finalidad a la que se destinarán los datos. En todo caso, corresponde al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado. Prosigue diciendo que la LOPD en su artículo 44 sólo contempla la cesión de datos como infracción cuando se carezca de la legitimación establecida para ello y/o sin el consentimiento del interesado. Cita en su apoyo la Resolución R/00998/2007 de la Agencia Española de Protección de Datos.

b) Sobre el convenio colectivo de aplicación, tras reproducir el artículo 120 del TRLCSP, comienza aclarando que a las entidades contratantes no les consta que sea de aplicación convenio colectivo alguno que imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse en determinadas relaciones laborales. Afirma que en ningún momento se ha determinado la existencia de obligación de subrogación alguna de trabajadores de las distintas empresas adjudicatarias ni planteado solicitud o reclamación alguna a dichos efectos. Hace ver que tampoco el recurrente apunta o señala un convenio colectivo de aplicación. Partiendo de esta premisa, considera que no le afecta la obligación de informar



sobre las condiciones de los contratos de eventuales trabajadores a los que afecte tal subrogación prevista en el artículo 120 del TRLCSP. Pone de manifiesto que es doctrina consolidada que la obligación de subrogarse en las relaciones laborales no deriva del contrato mismo sino de las normas laborales, normalmente los convenios colectivos que se encuentren vigentes en el sector de la actividad laboral de que se trate. Cita la sentencia 1793/2011 del TSJ de Madrid y la Resolución 118/2013 del OARC / KEAO.

c) DONOSTIA KULTURA rechaza la alegación del recurrente de infracción de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia por la situación de superioridad de condiciones del actual adjudicatario “al tener todos los curriculum de las personas que actualmente prestan los trabajos objeto de los Pliegos”. Invoca de nuevo la Resolución 118/2013 y el Informe 58/09 de la Junta Consultiva del Contratación Administrativa.

d) Solicita la desestimación íntegra del recurso especial y se declaren conforme a derecho los pliegos de expediente.

**OCTAVO:** El recurrente, aunque de manera no muy precisa, impugna uno de los criterios de adjudicación y la documentación que se exige en los pliegos para su acreditación. Lo cierto es que no expone el motivo de su desacuerdo, más allá de afirmar que sólo en caso de resultar adjudicatarios deberán acreditar que el personal cumple los requisitos de los perfiles establecidos en los pliegos.

Concretamente, se refiere al criterio de valoración previsto en la cláusula 14.1 b) del PCE-A, a tenor de la cual:

«Los criterios de valoración respecto de cada lote, indicados con su ponderación correspondiente, serán los siguientes:

1. Propuesta técnica de cada lote: Hasta un máximo de 55 puntos, debiéndose obtener una puntuación total de 25 puntos.

a) (...).



- b) Equipo que adscribirá el licitador a la ejecución del contrato hasta un máximo de 25 puntos.
- c) (...)»

Según la cláusula 13. del PCE-A, para la valoración del criterio, en el sobre B.- “PROPUESTA TÉCNICA”: Las empresas licitadores deberán presentar, en sobre independiente para cada lote al que liciten, la siguiente documentación:

«b) Relación del concreto equipo que adscribirá el licitador a la ejecución del contrato:

Fichas de Curriculum vitae en las que se recojan (máximo 1 folio por persona):

1. Titulación académica oficial.
2. Conocimiento de idiomas (en los términos indicados en el Pliego de Prescripciones Técnicas para cada perfil), indicando grado de conocimiento a nivel oral y escrito, así como titulación oficial correspondiente en los términos indicados en el PPT.
3. Experiencia en la prestación de servicios de similares o iguales características a los que se soliciten.

Se incluirán como mínimo, los medios humanos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas para los servicios comprometidos en el lote al que se licite además de la ficha correspondiente a la persona propuesta como responsable del contrato.»

Es de interés para la resolución de recurso especial indicar que la cláusula 12 de PCE-A establece como condiciones de solvencia de los licitadores la clasificación en el Grupo L, Subgrupo 6, mientras que la categoría es la A en los lotes 2 a 5, y la B para el lote 1. Además, la cláusula añade que «Adicionalmente al personal necesario para la prestación del servicio, se exigirá a los licitadores el compromiso de adscribir a la ejecución del contrato, como mínimo y para cada uno de los lotes que se licite, un Responsable del Contrato, que deberá reunir los requisitos señalados en la Cláusula 4ª del Pliego de Prescripciones Técnicas. En el caso de que una empresa presente oferta a más de un lote o incluso a todos los lotes, podrá proponer un único responsable de contrato, si bien deberá identificarlo claramente en todos los lotes. Este compromiso tendrá el carácter de obligación contractual esencial a los efectos previstos en el artículo 223 del TRLCSP, siendo por tanto el incumplimiento de la misma causa de resolución del contrato, a voluntad de DONOSTIA KULTURA.»





La cuestión estriba en determinar si es admisible como criterio de adjudicación la “Relación del concreto equipo que adscribirá el licitador a la ejecución del contrato”, o como dice el recurrente esta obligación incumbe únicamente al adjudicatario que deberá acreditar antes del inicio de la ejecución del contrato.

En la cuestión planteada subyace la distinción entre los criterios de selección cualitativa, propios de la solvencia técnica de los licitadores, y los criterios para la adjudicación del contrato.

Aunque no lo dice expresamente, del escrito del recurrente debe deducirse que, salvada la selección cualitativa a través de la clasificación y del requisito del compromiso de adscripción de un Responsable del Contrato, no cabe exigir como criterio de adjudicación la presentación de la relación del concreto equipo que adscribirá el licitador a la ejecución del contrato, puesto que tal obligación corresponde a la fase de ejecución del contrato y corresponde únicamente al adjudicatario.

Por el contrario, para el poder adjudicador la doctrina y la jurisprudencia son pacíficas al admitir como criterio de valoración los medios humanos que adscribiría un licitador a la ejecución del contrato en caso de ser adjudicataria. En su apoyo, DONOSTIA KULTURA cita la Resolución 206/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), la Resolución 40/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y la Resolución 505/2013 también de TACRC. Las dos primeras no concuerdan fácticamente con el caso que analizamos ya que una se refiere a un criterio de adjudicación que valora la experiencia del personal adscrito a la ejecución y medios materiales adicionales sobre el mínimo exigido por el pliego, y la otra a un criterio de adjudicación sobre el equipo técnico adscrito a la obra, por encima del compromiso de adscripción de medios materiales y humanos del artículo 64 del TRLCSP. Sí puede guardar relación el supuesto analizado en la segunda de las Resoluciones del TACRC ya que se refiere a un criterio que valora la cualificación del personal que se prueba mediante la realización de cursos de formación o la experiencia. En los tres



casos, los órganos de resolución de recursos consideran que los criterios de adjudicación no son contrarios las normas sobre contratación administrativa.

La jurisprudencia europea ha analizado en varias sentencias la diferencia entre la selección cualitativa de las empresas y la elección de la oferta más ventajosa. Así, en la sentencia C-31/87 (asunto Beentjes), en su apartado 15, el TJ decía que «(...) la verificación de la aptitud de los contratistas para ejecutar las obras que se han de adjudicar y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes en el contexto de la celebración de un contrato público. (...)» Y en el apartado 31 de la sentencia C-532/06 (asunto Lianakis) que «(...) los criterios utilizados por la entidad adjudicadora como “criterios de adjudicación” en el caso de autos se refieren principalmente a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión. Se trata de criterios que versan sobre la aptitud de los licitadores para ejecutar dicho contrato y que, por tanto, no tienen la cualidad de “criterios de adjudicación” (...).»

Por su similitud con la cuestión que examinamos, es preciso traer a colación el contenido de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJ) C-601/13, de 26 de marzo de 2015, que con motivo de una cuestión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal Administrativo de Portugal analiza un contrato de adquisición de servicios de formación y consultoría para la ejecución del proyecto “Move PME, Área de calidad, medio ambiente, seguridad y salud en el trabajo, seguridad alimentaria Médio Tejo-PME”, en el que la oferta económicamente más ventajosa se determina en función, entre otros, del siguiente factor:

«A. Valoración del equipo: 40%

i) Este factor se obtendrá teniendo en cuenta la constitución del equipo, la experiencia probada y el análisis curricular.»

Interesa reseñar en primer lugar el estudio normativo y jurisprudencial que en sus conclusiones realiza el Abogado General sobre la distinción entre “criterios de selección cualitativa” y “criterios de adjudicación”.



En relación con el marco normativo, se refiere al cuadragésimo sexto considerando y al artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 para señalar en el apartado 28 de sus conclusiones que la Directiva «(...) deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, siempre que sirvan para identificar la oferta económicamente más ventajosa» Y en el apartado 35 que «Esto supone que, en la medida en que las características y cualidades específicas del personal constituyen un elemento decisivo del valor económico de la oferta, la sustitución no autorizada durante la ejecución del contrato de cualquier miembro del equipo propuesto puede reducir dicho valor *desde el punto de vista del poder adjudicador*. Por otro lado, ha de subrayarse que el legislador de la Unión Europea añadió dicha expresión (a saber, «desde el punto de vista del poder adjudicador») al artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 en relación con el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, insistiendo así claramente en la facultad de apreciación que tienen los poderes adjudicadores a la hora de escoger criterios.» Aunque no era aplicable al asunto en cuestión, en aras de la exhaustividad, el Abogado General se refiere a la nueva Directiva 2014/24, aprobada el 11 de febrero de 2014, aún en período de trasposición. Concretamente indica que según el artículo 67, apartado 2, letra b) pueden ser tenidos en consideración para determinar la oferta económicamente más ventajosa «la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato (...)» Y que esta disposición está aclarada por la Directiva en su el nonagésimo cuarto considerando cuando afirma que «Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad.» Concluye el Abogado General que ya en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo se había puesto de manifiesto que «(...) la distinción entre selección de los licitadores y adjudicación del contrato, que a menudo es una fuente de errores y equívocos, se ha flexibilizado, de tal manera que los poderes adjudicadores puedan decidir qué secuencia



resulta más práctica, examinando los criterios de adjudicación antes que los criterios de selección, y tener en cuenta la organización y la calidad del personal asignado a la ejecución del contrato como uno de los criterios de adjudicación».

Sobre la jurisprudencia del TJ, cita las sentencias C-532/06 (asunto Lianakis) y C-199/07 (asunto Comisión-Grecia) que se oponen a la falta de distinción entre criterios de selección cualitativa y criterios de adjudicación. Sin embargo, al analizar el criterio en concreto que provoca la cuestión prejudicial, en el apartado 54 de sus conclusiones afirma el Abogado General que, en su opinión, de las sentencias citadas «(...) no se deriva que el equipo técnico concreto que haya de afectarse a un contrato no pueda ser objeto de valoración en el marco de la evaluación de las ofertas, sino simplemente que la adjudicación del contrato no puede basarse en un criterio relativo a la aptitud del licitador para ejecutar un contrato (...); en el apartado 57 prosigue diciendo que «Ello permite utilizar pues criterios que, pese a referirse también a la cuestión de la aptitud del licitador para ejecutar el contrato, tienen principalmente por objeto identificar la oferta económicamente más ventajosa.» En apoyo de su parecer cita las sentencias del TJ C-315/01 (asunto GAT) y C-324/93 (asunto Evans Medical y Macfarlan Smith) y las sentencias del Tribunal General T-457/07 (asunto Evropaiki Dynamiki/EFSA), T-211/07 (asunto AWWW/FEACVT) y T-04/01 (asunto Renco/Consejo). Finaliza el Abogado General afirmando que «La Directiva 2014/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2014, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no se opone a que, en determinadas circunstancias, para la adjudicación de contratos de prestación de servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría, los poderes adjudicadores utilicen, entre los factores que integran el criterio de adjudicación de un contrato público, la valoración de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución del contrato de que se trate, teniendo en cuenta, sobre la base de un análisis concreto, su constitución, experiencia probada y titulación u otras cualificaciones profesionales. Sin embargo, el ejercicio de esta facultad sólo es compatible con los objetivos de la Directiva 2014/18 cuando las características y cualidades específicas del personal que forma el equipo constituyen un elemento decisivo del valor económico de la oferta sujeta a evaluación por parte del poder adjudicador.»

Por su parte, el TJ en la sentencia C-601/13 que venimos analizando, en su apartado 25 en relación a la sentencia C-532/06 (asunto Lianakis) afirma que la jurisprudencia en ella establecida «(...) se refiere a la interpretación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de



adjudicación de los contratos públicos de servicios, que fue derogada por la Directiva 2004/18, y que dicha sentencia no excluye que un poder adjudicador pueda si se cumplen determinadas condiciones, establecer y aplicar un criterio como el que figura en la cuestión prejudicial en la fase de adjudicación del contrato.» Analiza el contenido del artículo 53, apartado 1, letra a) de la Directiva 2004/18 y en los apartados 31, 32 y 33 la sentencia señala que:

«31 La calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación.

32 Así sucede en particular cuando la prestación objeto del contrato es de tipo intelectual, y se refiere, como en el caso de autos, a servicios de formación y consultoría.

33 Cuando un contrato de esta índole debe ser ejecutado por un equipo, son las competencias y la experiencia de sus miembros los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato, en el sentido del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18.»

En el fallo de la sentencia concluye el TJ que:

«Para la adjudicación de un contrato de prestación de servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría, el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no se opone a que el poder adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros.»

Al igual que la Directiva 2004/18/CE en su artículo 53, apartado 1, letra a), el TRLCSP en su artículo 150.1 otorga al poder adjudicador la opción de elegir los criterios directamente vinculados con el objeto del contrato en orden a la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa de modo que esta tenga la mejor relación calidad/precio. Entre los criterios que de forma no exhaustiva se relacionan en el citado artículo



figura el de la calidad de las proposiciones y para ello, como se indica en la sentencia TJ C-601/13, el equipo técnico presentado por los licitadores puede, en contratos vinculados con la prestación de servicios de carácter intelectual, estar relacionado directamente con la calidad de la propuesta, sin que con un criterio así se pretenda evaluar la capacidad del licitador sino identificar la oferta económicamente más ventajosa teniendo en cuenta los recursos que se van a adscribir a la ejecución del contrato.

Por tanto, debe concluirse que a tenor de la sentencia del TJ C-601/13, un criterio de adjudicación que valore la relación del concreto equipo que adscribirá el licitador a la ejecución del contrato, cuando se refiere a la prestación de servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría, no se opone al artículo 53, apartado 1, letra a) de la Directiva 2004/18/CE y por ende al artículo 151.1 del TRLCSP.

**NOVENO:** Concluido lo anterior, debe examinarse a continuación si el criterio de adjudicación objeto de recurso reúne la condiciones necesarias para determinar cuál es la oferta más ventajosa en relación a la calidad/precio.

Como se ha señalado, el criterio en cuestión se refiere al equipo concreto que adscribirá el licitador a la ejecución del contrato, de forma que de cada persona se valora su titulación oficial, el conocimiento de idiomas y la experiencia en la prestación de servicios similares o de iguales características a los que se soliciten.

Para la resolución el recurso, resulta imprescindible examinar cuáles son las prestaciones objeto del contrato previstas en el PPT.

Según el apartado 1. del PPT:

«Constituye el objeto de la presente licitación la selección de una o varias empresas para la prestación de los servicios de personal auxiliar necesarios para la organización, gestión y explotación de todas las actividades culturales (eventos, jornadas, conciertos, espectáculos, festivales, etc.) que se desarrollan en los centros adscritos en la actualidad y que en el futuro



se adscriban a la ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL DONOSTIA KULTURA, VICTORIA EUGENIA ANTZOKIA, S.A. y SAN TELMO MUSEOA, S.A., así como aquéllas que se llevan a cabo en otros centros y en el exterior y que estén organizados por las entidades mencionadas. Se desglosan los lotes que se indican a continuación.

LOTE 1.- Servicios de control de acceso y atención a personas en recintos (teatros, centros culturales, museos, etc.)

Estos servicios se concretan en las siguientes categorías:

- a) Auxiliar de sala (acomodación, azafatos/as, portería, etc.)
- b) Responsable de sala

LOTE 2.- Servicios de atención a personas y movimiento de materiales

con/sin vehículo (vehículo aportado por la organización):

Estos servicios se concretan en la siguiente categoría:

- Acompañantes de artistas e invitados y conductores/as para transporte de equipos y otros enseres.

LOTE 3.- Servicios de ventas y atención a taquillas

Estos servicios se concretan en las siguientes categorías:

- a) Auxiliar de venta de tickets (taquilla), merchandising, matriculaciones, etc.
- b) Responsable de ventas/Taquillero/a

LOTE 4.- Servicios de control de accesos y movimiento de materiales para actividades en la calle

Control de acceso y movimiento de materiales en actividades que se realizan en la calle.

LOTE 5.- Servicios de recepción e información

Recepción e Información en centros de DONOSTIA KULTURA o en actividades que ésta organice.»

A tenor del apartado 3. del PPT:



«Los servicios deberán ser prestados por personal con la debida capacitación, en los términos que se Indican en el presente Pliego.

La empresa adjudicataria de cada lote deberá proceder a la sustitución del personal en el supuesto de que éste no cumpliera su función con la debida diligencia y eficiencia, no estuviese capacitado, no cumpliera las normas generales de operatividad impartidas por DONOSTIA KULTURA, fuese poco cuidadoso en el desempeño de los servicios o cometiese actos perniciosos para la buena marcha del contrato. La sustitución será realizada en un plazo máximo de veinticuatro horas desde el requerimiento de DONOSTIA KULTURA. Si el Incumplimiento fuese grave o las características del evento así lo exigiesen la sustitución se producirá de forma inmediata. Las sustituciones de personal no implicarán responsabilidad alguna para DONOSTIA KULTURA respecto de las relaciones de la empresa adjudicataria con el personal afectado.

La empresa adjudicataria deberá reemplazar al personal, cuando fuese necesario cubrir las ausencias de trabajo ocasionadas por bajas por enfermedad, vacaciones, permisos, licencias, accidentes, etc., garantizando la prestación efectiva de los servicios contratados. Ello en el plazo máximo de veinticuatro horas.

Independientemente de los requisitos del equipo de trabajo establecidos en cada lote, que se detallan en la Cláusula 4 siguiente, la empresa adjudicataria se responsabilizará de que los trabajadores adscritos a la prestación del servicio correspondiente reciban la formación adecuada para la prestación del mismo con diligencia y eficacia (e.g.: conocimiento de la ciudad y alrededores -aeropuertos, localización establecimientos hoteleros, etc.- para la prestación del servicio del Lote 2)»

El apartado 4. del PPT describe las funciones y perfiles del personal. Destaca en este apartado que la oferta incluirá el currículum de la persona que ejercerá de Responsable del Contrato; la empresa adjudicataria se compromete a adscribir al contrato a la persona designada en su oferta o a sustituirla por otra que posea, al menos, los mismos conocimientos y experiencia que ésta, a petición de DONOSTIA KULTURA cuando a juicio de ésta no siga las instrucciones marcadas, y también prevé que se designará a una persona sustituta del/la Responsable de Contrato que deberá ser aceptada por el poder adjudicador, en períodos de vacaciones, descansos, ausencias, enfermedad, etc. A continuación el PPT detalla por lotes las funciones a desarrollar por el equipo contratado.





El apartado 5 del PPT describe los uniformes y otros medios materiales (linternas, walkies, teléfonos móviles, etc.) necesarios para el correcto funcionamiento del equipo.

La sentencia TJ C-601/13 anteriormente mencionada admite que el compromiso de adscripción de un equipo al contrato pueda ser criterio de adjudicación. Sin embargo, la propia sentencia acota los límites de su admisión y los circunscribe a servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría en los que la composición del equipo es relevante. El apartado 23 de la sentencia fundamenta el motivo «(...) en el hecho de que la calidad sea uno de los criterios de adjudicación previstos en el artículo 53, apartado 1, letra a) de la Directiva 2004/18, criterio que puede estar vinculado a la constitución del equipo, la experiencia y el currículo de sus miembros a los que se encarga la ejecución del contrato.»

Igualmente, el Abogado General en su alegato dice que en un contrato de servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría, la composición del equipo presentado es un aspecto intrínsecamente relacionado con el objeto del contrato y en particular con su calidad (30); que el criterio de las calificaciones técnicas y profesionales de los miembros del equipo encargado de la ejecución del contrato puede aplicarse cuando, por un lado, la propia naturaleza del contrato lo justifique y, por otro, el equipo que tenga encomendado su cumplimiento sea determinante para el valor económico que el poder adjudicador atribuye a cada oferta (33), que en la medida en que las características y cualidades específicas del personal constituyen un elemento decisivo del valor económico de la oferta, la sustitución no autorizada durante la ejecución del contrato de cualquier miembro del equipo propuesto puede reducir dicho valor desde el punto de vista del poder adjudicador (35); que en los contratos de servicios intelectuales no se examina únicamente la capacidad del licitador sino también la capacidad (o la experiencia profesional) del personal al que se encomendará la prestación de tales servicios, es decir, al “personal clave” identificado en la oferta (37) y concluye que la valoración de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución del contrato de que se trate, teniendo en cuenta, sobre la base de un análisis concreto, su constitución, experiencia probada y titulación u otras



cualificaciones profesionales sólo es compatible con los objetivos de la Directiva 2004/18 cuando las características y cualidades específicas del personal que forma el equipo constituyen un elemento decisivo del valor económico de la oferta sujeta a evaluación por parte del poder adjudicador.

Si examinamos la naturaleza de los servicios del contrato objeto de recurso, en la cláusula 12 del PCA-E, sobre “Condiciones de aptitud de los licitadores”, se exige la clasificación en el Grupo L, subgrupo 6; grupo y subgrupo que en el Anexo II “Trabajos incluidos en cada uno de los grupos de clasificación de contratos de servicios” del Reglamento General de Desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, se define como:

«Subgrupo 6. Servicios de portería, control de accesos e información al público.

Los trabajos de portería, control de accesos, tanto de personas como vehículos, así como los servicios de información en locales y edificios públicos.»

El PPT en distintas partes señala que el contrato tiene por objeto los servicios de “personal auxiliar”, que son precisos para la organización, gestión y explotación de las actividades culturales de las entidades contratantes.

Sin perjuicio de que este Órgano Resolutorio considera que los requisitos de titulación y experiencia exigidos al personal auxiliar en el apartado 4.2 del PPT sirven para garantizar la correcta ejecución del contrato, debe convenirse que los servicios contratados no pueden calificarse como servicios de carácter intelectual, de formación y de consultoría en el sentido expresado por la sentencia TJ C-601/13, ni que las características del personal del equipo constituyen un elemento decisivo del valor de la oferta.

Es de destacar, también, la relevancia que en la citada sentencia se da a la composición del equipo y a la excepcionalidad de la sustitución de sus miembros. Por el contrario, el apartado 3. del PPT prevé la sustitución del personal por incumplimiento de sus funciones y su remplazo cuando fuese



necesario para cubrir bajas por enfermedad, vacaciones, permisos, licencias, accidentes, etc. Asimismo, el adjudicatario se responsabiliza de que los trabajadores adscritos a la prestación del servicio correspondiente reciban la formación adecuada formación; también el Responsable del Contrato puede ser sustituido incluso en períodos vacacionales, descansos, ausencias, enfermedades, etc. Todas estas circunstancias son impensables en un contrato en el que el equipo propuesto sirve como criterio para valorar la calidad de la oferta, donde, como dice el Abogado General en sus conclusiones, el personal identificado tiene la condición de “personal clave”, sino que demuestran que las características del equipo previsto en la cláusula 14.1 b) del PCE-A no son determinantes para la ejecución del contrato.

En definitiva, este criterio pertenece al ámbito cualitativo de los licitadores, que acredita su capacidad para la ejecución del contrato, pero no para determinar la calidad de la propuesta que ayude a decidir qué oferta es la más ventajosa en relación a la calidad/precio, por no ser el equipo propuesto una característica intrínseca de la oferta directamente vinculada con la satisfacción del objeto del contrato.

Debe estimarse la pretensión del recurrente y anular el criterio de adjudicación sobre el “Equipo que el licitador adscribiría a la ejecución del contrato”.

**DÉCIMO:** En segundo lugar, afirma el recurrente que en ningún caso, en base a la legislación de protección de datos, se puede facilitar datos con nombres, apellidos y DNI como se solicita en los pliegos.

DONOSTIA KULTURA se opone al recurrente en base a la normativa vigente en la LOPD y en el RLOPD.

Debe otorgarse la razón al poder adjudicador cuando afirma que la LOPD en su artículo 11 admite la cesión a terceros de datos de carácter personal siempre que obedezcan al cumplimiento de fines relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario y cuenten con el previo consentimiento del interesado. El primer requisito es consustancial a las actividades del



cedente (empresa licitadora) y del cesionario (poder adjudicador). En cuanto al segundo, el artículo 12 del RLOPD dispone que:

1. El responsable del tratamiento deberá obtener el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos de carácter personal salvo en aquellos supuestos en que el mismo no sea exigible con arreglo a lo dispuesto en las leyes.

La solicitud del consentimiento deberá ir referida a un tratamiento o serie de tratamientos concretos, con delimitación de la finalidad para los que se recaba, así como de las restantes condiciones que concurran en el tratamiento o serie de tratamientos.

2. Cuando se solicite el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos, éste deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario. En caso contrario, el consentimiento será nulo.

3. Corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

Por tanto, en el marco de un contrato servicios del sector público se pueden solicitar datos de carácter personal de los miembros de la empresa, siempre y cuando el afectado haya sido informado de la finalidad de los datos que se ceden y haya prestado su consentimiento. Al responsable de tratamiento corresponderá la prueba de la existencia del consentimiento y al órgano de contratación, en todo caso, velar porque dicho consentimiento haya sido recabado.

No puede, por tanto, acogerse la pretensión de recurrente sobre la cesión de datos de carácter personal.

**UNDÉCIMO:** MUNDA impugna que los pliegos no indican nada acerca de la subrogación ni el convenio colectivo por el que se rigen los trabajadores que desarrollan los trabajos a través de los actuales adjudicatarios, dato que es necesario conocer por los licitadores, y que las empresas que a día de hoy están prestando el servicio objeto de contrato están en superioridad de



condiciones respecto al resto de licitadores al tener el curriculum de las personas que prestan los trabajos objeto de los pliegos.

El poder adjudicador rechaza este argumento afirmando que en ningún momento se ha determinado la existencia de obligación de subrogación alguna de trabajadores de las distintas empresas adjudicatarias ni planteado solicitud o reclamación alguna a dichos efectos.

En Resolución 118/2013 de este OARC / KEAO, que alude DONOSTIAKO KULTURA se indica que «El artículo 120 TRLCSP establece la obligatoriedad de informar en el propio pliego o en la documentación complementaria sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que, en su caso, afecte la obligación del adjudicatario de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, con la finalidad de permitir a los licitadores la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Como señala una reiterada doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC; ver, por ejemplo, las resoluciones 181/2011 y 292/2012), este precepto no es la fuente de la obligación de subrogación, papel que corresponde a las normas laborales o los convenios colectivos, y su única finalidad es que los licitadores cuenten con datos sobre los costes laborales que habrán de asumir si resultan adjudicatarios, y que son relevantes para la preparación de la oferta. Por ello, y aunque la obligación de subrogación existirá o no siempre según lo que dispongan las normas o convenios y con independencia de que la información que pide el artículo 120 TRLCSP figure o no en el expediente, es claro que dicho precepto impone al poder adjudicador una obligación de información que ha de cumplir diligentemente, lo cual le supone emitir un juicio sobre si existe o no alguna norma o convenio que obligue a la subrogación.

El PCE-A no contiene previsión alguna acerca de la posible subrogación de los trabajadores actualmente contratados. El poder adjudicador en su informe al recurso justifica esta ausencia en la heterogeneidad de la funciones y de los perfiles del personal requerido.

Con todo, el propio recurrente, tras aludir a una posible obligación de subrogación, no invoca norma o convenio alguno que impongan al adjudicatario la obligación de subrogación y obliguen al órgano de contratación a dar la información que se requiere en el artículo 120 del TRLCSP.



Por último, el recurrente parece confundir la posesión por el actual prestatario de los servicios de los curriculum de las personas que prestan los trabajos, que es una documentación propia de la empresa, con el deber de información que según el artículo 120 del TRLCSP tiene la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato con el órgano de contratación que alcanza, cuando hay imposición de subrogación, a las condiciones de los contratos de los trabajadores necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implica la subrogación. En consecuencia, la posesión de estos datos no conlleva ninguna infracción al principio de igualdad previsto en el artículo 1 del TRLCSP.

No puede, por tanto, estimarse la pretensión del recurrente sobre la ausencia de información en los pliegos sobre la subrogación de los trabajadores.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava del a Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** Estimar parcialmente, el recurso especial interpuesto por MUNDA INGENIEROS, S.L., frente a los pliegos del contrato de “Servicios de personal auxiliar de la Entidad Pública Empresarial Donostia Kultura, Vitoria Eugenia Antzokia, S.A. y San Telmo Museoa, S.A.”, tramitado por la Entidad Pública Empresarial Donostia Kultura, declarando la nulidad del criterio de adjudicación previsto en el apartado 14.1 b) del Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas, lo que conlleva la retroacción de las actuaciones hasta la elaboración de un nuevo pliego.

**SEGUNDO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



**TERCERO:** Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

**Vitoria-Gasteiz, 2015eko maiatzaren 12a**

Vitoria-Gasteiz, 12 de mayo de 2015